JURISPRUDÊNCIA

TC 72 - 004.261/04*14

REPRESENTAÇÃO – ACOMPANHAMENTO DE EDITAL – LICITAÇÃO SUSPENSA – LEGISLAÇÃO AMBIENTAL – EXISGÊNCIA DE ATERRO LICENCIADO PARA RESÍDUOS III – VETO À PARTICIPAÇÃO EM REGIME DE CONSÓRCIO – EXIGÊNCIA DE ATESTADO TÉCNICO-OPERACIONAL COM QUANTIDADES MÍNIMAS – EXIGÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA OU DE INSTALAÇÃO – CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE.

RELATÓRIO:

Egrégio Plenário

Trata-se da análise e acompanhamento da Concorrência 001/04, realizada pela SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS E OBRAS, objetivando a prestação de serviços de recebimento, triagem, separação, tratamento e disposição final em aterro de resíduos sólidos da construção civil e materiais volumosos, bem como das REPRESENTAÇÕES apresentadas por IUDICE MINERAÇÃO LTDA. e SPL CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA.

O relatório de acompanhamento do edital elaborado pelos Órgãos Técnicos apontou as seguintes irregularidades:

1 - Ausência de isonomia nas exigências para a demonstração da capacidade econômico-financeira e a garantia para licitar.

2 - Desobediência à Lei de Responsabilidade Fiscal, pois a despesa derivada do certame acarretará aumento de gastos, a qual, por se tratar de despesa obrigatória de caráter continuado, prevista no parágrafo 1º do artigo 17 da lei citada, deverá constar do processo licitatório os seguintes elementos: a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício financeiro em que o ajuste entrar em vigor e nos dois exercícios subseqüentes; b) demonstração pela Origem dos recursos para o custeio, ou seja, aquele do permanente aumento da receita ou aquele da permanente redução da despesa; c) comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará os resultados fiscais e demonstração das premissas e metodologia do cálculo utilizado; d) declaração do ordenador da despesa de que eventual aumento está adequado financeira e orçamentariamente com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

3 - Não-exigência de que as licitantes demonstrem as composições de seus preços unitários.

4 - Não-exigência de discriminação quantitativa e qualitativa dos equipamentos mínimos necessários, além de não fixar a idade máxima dos veículos.

5 - Não-determinação da forma de fiscalização do futuro contrato.

6 - Exigência de comprovação da capacidade técnica em nome da empresa, por meio de atestados comprobatórios de experiência na execução dos serviços de manutenção e operação de aterros de resíduos sólidos, com disposição final de, no mínimo, 5.000 toneladas/mês, vedando a soma de quantidade de resíduos dispostos em mais de 1 (um) aterro.

Apresentadas as defesas dos integrantes da Comissão de Licitação e do Secretário da Pasta, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle não alterou seu posicionamento anterior, tendo sido acompanhado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Cientificada das conclusões dos órgãos técnicos, a Origem limitou-se a sustentar a legalidade dos atos, afirmando que foram praticados com amparo no poder discricionário da Administração Pública, dentro dos limites da norma legal.

A Procuradoria da Fazenda e a Secretaria Geral opinaram pela regularidade do edital.

Quanto à REPRESENTAÇÃO formulada por IUDICE MINERAÇÃO LTDA., observa-se que a autora se insurge contra as exigências do edital, relativas à demonstração da capacidade técnica das interessadas, as quais, no seu entender, possibilitam a participação de licitantes que não reúnem efetivas condições de prestação dos serviços.

Em síntese, contesta as exigências previstas no item 6.1.4 – letras “c”, “f”, “g” e “i” do edital, além da não-exigência de Licença Ambiental Estadual (apenas de Licença Ambiental Municipal, comprovando o licenciamento ambiental da área indicada) e da exigência de declaração da licitante, se proprietária do imóvel, da sua disponibilidade para futuro contrato, por 60 (sessenta) meses, bem como anuência expressa do proprietário para uso da área como aterro, bem como de sua utilização direta pela Prefeitura, na hipótese de que haja assunção dos serviços pela mesma, nas condições do artigo 58, inciso V, da Lei Federal 8.666/93.

Tendo em vista a complexidade que envolve a interpretação da matéria relacionada com a competência para a expedição do licenciamento de empreendimentos que afetam o meio ambiente, foi determinada a suspensão do certame.

Acrescida das explicações da Origem, a Assessoria Jurídica se manifestou pela parcial procedência da representação e, conseqüentemente, pela necessidade de revisão das cláusulas irregulares. Considerou que as exigências de comprovação da capacidade técnica anterior por meio de atestados, bem como de prévia vistoria do equipamento municipal de reciclagem, não contrariam legislação em vigor, tornando a representação não procedente, nestes aspectos. Contudo, acrescentou que o mesmo não ocorre com a demonstração do licenciamento ambiental, pois, enquanto as normas federais fixam critérios e diretrizes para o assunto, as normas estaduais ditam procedimentos de ordem material as quais devem ser compatibilizadas com as normas municipais vigentes. Assim, entendeu que o Edital carece de revisão, em face do disposto na legislação estadual vigente – Lei 997/76 e Resoluções da Secretaria Estadual do Meio Ambiente 42/94 e 41/02, uma vez que, além da exibição da Certidão de Uso e Ocupação do Solo expedida pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente – alínea “h” item 6.1.4, deveria ter sido exigido o comprovante do Licenciamento Ambiental Prévio, nos termos da Resolução Estadual 42/94, conforme estipulado no Decreto Municipal 42.217/02. Ademais, expõe que, com base na letra “g” do item 6.1.4 (a área do aterro deverá ser localizada no Município de São Paulo), o licitante deverá obter licenciamento ambiental

prévio junto à Secretaria Municipal do Meio Ambiente, o que, em seu entendimento, é 'forçoso concluir que a Licença Ambiental Prévia (LAP) é requisito necessário para que as licitantes demonstrem a mínima capacidade de ser contratada pela Administração Municipal'.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pelo conhecimento da REPRESENTAÇÃO e por sua improcedência quanto ao mérito, apropriando-se das razões de defesa apresentadas pela Origem.

A Secretaria Geral discordou do entendimento da Assessoria Jurídica, por entender que só deve existir um único ente público responsável pelo licenciamento, o qual só será conhecido depois de determinada a localização do futuro aterro. Por tais razões, acredita estar correto o edital em não exigir os dois licenciamentos e, também, não eleger apenas um deles. Quanto às demais alegações da representante, acompanhou o parecer da Assessoria Jurídica. Assim, opinou pela improcedência da representação.

Solicitada a reconsideração do despacho que suspendeu o certame, sob o argumento de que o contrato em vigor estava próximo de expirar. Contudo, tal argumentação não conseguiu convencer a Subsecretaria de Fiscalização nem a Assessoria Jurídica que, apontando ainda persistirem cláusulas ofensivas à legislação, opinaram pela manutenção do despacho. Neste sentido, foi mantida a suspensão do pleito.

O Órgão Fazendário, apropriando-se das conclusões da Secretaria Geral, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento da Representação.

A representação formulada pela empresa SPL CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA., em uma apertada síntese, apresenta o seu inconformismo ao edital no que tange à: a) exigência de aterro licenciado para resíduos Classe III; b) proibição da participação de empresas em regime de consórcio; c) exigência de atestado técnico-operacional com quantidades mínimas; d) exigência de Licença Prévia e ou de Instalação do Aterro Sanitário.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu que não procede o entendimento da Interessada quanto à exigência de aterro licenciado para resíduos Classe III, por entender que o correto seria a exigência para as Classes I e II. Entendeu que a participação de consórcios é matéria afeta ao poder discricionário da Administração Pública. Expôs que a questão da apresentação de atestado de desempenho anterior para demonstração da capacidade técnica em nome da empresa é polêmica e sua legalidade é estranha à sua área de atuação. Finalizou asseverando que a Assessoria Jurídica já se manifestara a respeito de que não basta a mera declaração de que as interessadas detenham disponibilidade da área para fins de abrigar aterro sanitário, uma vez que, para a comprovação da qualificação técnica, na fase de habilitação, as áreas de aterro indicadas, deverão dispor de Licença Prévia ou de Instalação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que as cláusulas atacadas, atinentes à capacitação técnica das interessadas, não afrontam a legislação em vigor. E, especificamente, no tocante a questão relacionada ao licenciamento ambiental, que no TC 4.190.04 opinara no sentido da necessidade da apresentação dos licenciamentos ambientais estadual e municipal e não do singelo protocolo, reviu seu parecer, concluindo pelo 'acolhimento da representação, em seu mérito, tendo em vista que os itens editalícios impugnados pela autora da representação restaram legítimos para a licitação em causa'.

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou o parecer da Assessoria Jurídica.

A Secretaria Geral opinou pela improcedência da representação.

É o relatório.

VOTO:

Conforme relatado, foram apontadas falhas no edital, as quais infringem a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei Federal número 8.666/93.

Quanto à suposta desobediência ao artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal suscitada, a questão teria sido melhor colocada se o questionado recaísse no artigo 16 da referida lei, porquanto, no edital em análise não se está cogitando de ato administrativo pertinente à criação de despesa, mas sim de aperfeiçoamento ou expansão da ação governamental. Das explicações da Origem, infere-se que não se cuida da criação de nova atividade, mas sim de nova despesa. Neste passo, portanto, assiste razão à Origem no sentido da não necessidade da apresentação dos demonstrativos referidos no artigo 16, uma vez que a despesa já se encontra prevista no orçamento e não implica em alteração significativa nos índices estabelecidos nas metas fiscais.

Quanto às supostas infringências à Lei Federal 8.666/93 argüidas pela empresa SPL CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA., conforme já exposto pelos Órgãos Técnicos, tem-se que:

a) Não constitui ofensa à legislação vigente a exigência de classificação dos aterros sanitários em classes de resíduos, pois o propósito do Poder Público é a deposição final dos resíduos em aterros situados na Região Leste da Cidade.

b) A argüição formulada quanto à vedação da participação de consórcio é improcedente, pois a avaliação da conveniência de proibir ou admiti-los é matéria afeta ao poder discricionário da Administração.

c) A argüição de ilegalidade da exigência de atestado comprobatório de capacidade técnico-operacional com quantidade mínima é inconsistente, porque, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 30 da Lei 8.666/93: 'será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade operacional equivalente ou superior.'

Por terem sido questionadas em ambas as representações, tratarei, posteriormente, das questões relativas ao licenciamento ambiental. Quanto ao teor da representação interposta por IUDICE MINERAÇÃO LTDA., conclui-se:

a) Consoante já assinalado, não procede a argüição de ilegalidade da exigência da comprovação da capacitação técnica anterior das licitantes em aterros de resíduos sólidos com quantidade mínima.

b) O questionamento contra a apresentação de atestado de vistoria ao equipamento de reciclagem da Prefeitura, para o oferecimento de propostas para o Agrupamento da

Região Leste, é improcedente, posto que constitui prática usual nos editais da Origem, uma vez que objetiva propiciar aos interessados melhor formulação de suas propostas, em face da realidade municipal vistoriada.

c) Quanto à exigência da apresentação de declarações formais do proprietário ou representante legal da área indicada ao futuro aterro sanitário, comprometendo-se a disponibilizá-la para o futuro contrato, por 60 (sessenta) meses, tendo em vista que envolve, diretamente, a matéria relativa à possibilidade legal da apresentação do licenciamento ambiental parcial ou prévio, mediante exibição do simples protocolo, permito-me analisar o tema a seguir.

d) No que tange às alegações de ilegalidade das cláusulas 6.4.1. "i" e "i.1", as quais admitem apresentação da 'Licença Prévia e/ou de Instalação expedida por Órgão Ambiental Estadual ou Licença Ambiental Municipal, comprovando o licenciamento ambiental da área indicada' para o futuro aterro sanitário, enquanto o subitem "i.1" dispõe que 'será admitido o licenciamento parcial, desde que complementado por estudos ambientais ... e respectivo protocolo de solicitação do licenciamento ambiental', para que se alcance uma conclusão, é importante considerar a respeito da possibilidade da apresentação do licenciamento ambiental parcial, por meio do simples protocolo de solicitação do licenciamento junto ao órgão governamental competente, ou se, como pretende a IUDICE MINERAÇÃO LTDA., é legalmente indispensável as licitantes exibirem o licenciamento ambiental completo do local, que abrange, inclusive, a licença de operação do mesmo.

A complexidade da correta interpretação da matéria está retratada nos dissonantes pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral.

Para a Assessoria Jurídica está incorreto, por serem exigíveis duas licenças ambientais, uma municipal e outra estadual, pois a singela exibição do licenciamento parcial, complementada por estudos ambientais e respectivo protocolo de solicitação, é insuficiente para a elaboração das propostas comerciais das interessadas, uma vez que são desconhecidos todos os equipamentos necessários para a operação do aterro, como sustentou a autora da representação para a qual a licença estadual deverá ser completa.

Já segundo a Secretaria Geral, o edital não necessita qualquer revisão, pois os empreendimentos e atividades que apresentem impacto ambiental devem ser licenciados em um único nível de competência, entendendo-se como 'áreas de impacto ambiental local' aquelas circunscritas ao território do município.

Endosso o entendimento da Secretaria Geral, no sentido de que não procede a argüição da empresa IUDICE MINERAÇÃO LTDA. de ilegalidade da referida cláusula, pois sem conhecer a localização do terreno do futuro aterro é de fato impossível se determinar sobre a competência do órgão público responsável para expedição do licenciamento ambiental. Competirá ao Estado de São Paulo expedi-la se o impacto ambiental atingir mais de um município ou a área for vizinha de córrego. Caso contrário, a competência é municipal.

De resto, este é o entendimento a que chegou a Assessoria Jurídica sobre o assunto, após conhecer das justificativas apresentadas pela Origem, ao rever seu anterior pronunciamento às folhas 221/225 do TC 4.261.04-14.

Em assim sendo, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, CONHEÇO DA REPRESENTAÇÃO ora em análise, julgando-a IMPROCEDENTE, pelas razões já expostas.

Expeça-se ofício à autora da representação, encaminhando-lhe cópia da decisão ora alcançada.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de dezembro de 2006.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Edson Simões.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à autora da representação e à representada, encaminhando-lhes cópia da presente decisão, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor e Roberto Braguim.

Ausente o Conselheiro Maurício Faria, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de dezembro de 2006. a) Antonio Carlos Caruso – Presidente; a) Edson Simões – Relator.”